

Universitat de Lleida
Facultat de Dret i Economia

TREBAJO FINAL DE GRADO

MEMÓRIA FINAL

GRADO EN DERECHO

CURSO 2014/15

Libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Autor/a: Yasmine Mora Bonjorn

Tutor/a: Ignacio de Alós Martín

Fecha: 19/06/2015



Resumen

La palabra “expresión” designa el acto de manifestar con palabras, gestos o actitudes algo que uno quiere dar a entender. Podemos expresarnos de infinitas maneras: hablando, escribiendo, saludando con la mano, blandiendo el puño, etc. Incluso nuestros hábitos personales y nuestra forma de vestir entrañan alguna forma de expresión.

La “libertad de expresión” alude a la tutela jurídica de las formas de expresión, pero no de todas las formas posibles de expresión. El repertorio de las conductas tuteladas responde a un esquema teórico que permite a “prima facie” determinar un criterio de decisión del sistema: que conductas son protegidas y cuáles son excluidas.

Aunque hay que tener en cuenta que las nuevas tecnologías de la comunicación nos lleva a una expresión de forma más libre, lo que nos llevaría a pensar hasta qué punto se puede utilizar esa libertad, haciendo mención a la protección jurídica que se le establece.



INDICE

1. Introducció	1
2. Història	
I. <i>Evolució històrica dins del marc de dret constitucional (1812-1978)</i>	3
II. <i>La llibertat d'expressió en la CE de 1978.....</i>	6
3. Concepte	7
4. Naturalesa jurídica	
I. Su caràcter de drets de llibertat y/o drets d'expressió.....	10
II. Condició de drets o llibertats preferents.....	11
5. Titularitat	13
6. Contingut	



I.	La expresión de opiniones.....	17
II.	La creación de medios de comunicación.....	18
III.	El acceso a los medios de comunicación.....	21
IV.	Como se distribuyen las frecuencias de radio y televisión.....	22

7. Las limitaciones en la jurisprudencia del Tribunal

Europeo de los Derechos Humanos

I.	El valor de las libertades de expresión para el modelo de sociedad democrática protegido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)	26
II.	El método utilizado por el Tribunal de Estrasburgo para determinar si una concreta restricción de la libertad de expresión es acorde con el principio CEDH	27

8. Límite del derecho a la libre expresión

I.	La protección de la juventud y de la infancia	30
----	---	----



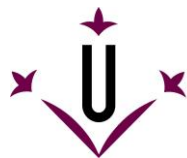
II.	Honor	31
III.	Intimidad	33
IV.	La propia imagen	34
V.	La verdad	37

9. Internet en relación al derecho a la libre expresión

I.	El derecho a la protección de datos como garantía de las libertades de expresión e información. Una nueva forma de garantía para el estado democrático	40
II.	Garantías específicas	43
III.	La prensa	46
IV.	Weblog.....	48

10.	Suspensión	50
-----	------------------	----

11.	La libertad de expresión en el terrorismo.....	51
-----	--	----



12.	Conclusiones	54
13.	Bibliografia.....	56





1. Introducció

Que las libertades de expresión desempeñan un papel fundamental en nuestro sistema constitucional y democrático moderno es una cuestión que se encuentra fuera de toda duda. Del mismo modo, resulta mayoritariamente admitido que la citada libertad de expresión, como el resto de derechos fundamentales, no son absolutas y, en consecuencia, son susceptibles de limitación con la finalidad de preservar otros derechos fundamentales o bienes constitucionales reconocidos.

En este sentido, el Tribunal Constitucional, ya desde su inicial jurisprudencia, afirmo que “no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites, que, con relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras que en otras el límite deriva de una manera meditada o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos”.¹

Es por eso, que lo que he intentado en este estudio es ver como la jurisprudencia Constitucional va delimitando ese derecho a la libre expresión, siempre dependiendo del derecho fundamental al que se confronta, o si del mismo derecho a la libre expresión se debe limitar. Aunque eso suscita cuestionarse sobre varios derechos de la vida cotidiana que pueden dar a derecho a la libre expresión una más amplia extensión y preguntarse cómo se limita, o hasta qué punto se puede utilizar libremente.

La motivación de este trabajo viene dada de la conjugación en sí del derecho a la libre expresión con los otros derechos fundamentales, el preguntarme cómo responde la jurisprudencia o el Tribunal Constitucional en esa cuestión, si se ha debido recurrir a una

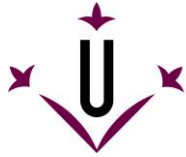
¹ STC 2/ 1982, de 29 de enero, FJ 5º



regulación específica o si solo se encuentra en la jurisprudencia nombrada del Tribunal Constitucional para seguir una directrices, o se va a seguir un criterio discrecional.

La estructura que he empleado es la de ir desvelando poco a poco qué entendemos como derecho a la libre expresión. Empezando por su historia, saber cómo ha ido evolucionando dependiendo de la situación política que se vivía en el país en cada momento. Seguido del concepto, que entendemos por este derecho a la libre expresión. Pasando por la titularidad del mismo que la tienen los ciudadanos y que nos lleva a preguntarnos como las personas jurídicas pueden utilizar esta libre expresión. Por su contenido, hasta donde llega este derecho. Las limitaciones que nos llegan del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Entrando en la cuestión principal como se enfrenta la jurisprudencia en los casos de confrontación, si es regulado por una ley o si por el contrario, es la jurisprudencia quien decide. Y por último, internet como el medio más moderno surgido, que seguridad nos da y como está regulado.

Para este trabajo he utilizado el método de investigación exhaustivo de la doctrina y la jurisprudencia que me ha permitido determinar el estado de la cuestión para poder así, más tarde, aportar mis conclusiones personales.



2. Historia

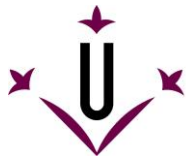
I. *Evolución histórica dentro del marco de derecho constitucional (1812-1978)*

Partimos de los logros y deficiencias que se han vivido en el terreno de las libertades, y, en particular, de la larga marcha que ha llevado a conquistar con la garantía de la vigente Constitución Española de 1978, la libertad de expresión y de pensamiento en nuestro país.

Creo que el principal antecedente de nuestra actual “ley de leyes” es la famosa Constitución de Cádiz. Reunido el parlamento en la Junta de Cádiz de 1810 y con las limitaciones propias de una nación en guerra de liberación, esta ley no fue aprobada y promulgada hasta el 19 de marzo de 1812, ponía fin al poder absolutista del llamado Antiguo Régimen.

Tras las revueltas contra esta “nueva” forma de gobernar y la aspiración de los más liberales por implantar, al menos el espíritu de Cádiz, se promulga la constitución de 1837, en realidad una reforma de la gaditana, en la práctica los intentos por silenciar a la prensa y el efectivo control de los ayuntamientos por parte de la regencia. Con esta Constitución del 1837 en su artículo 2 nos dice “todos los españoles pueden imprimir y publicar libremente sus ideas sin previa censura, con sujeción a las leyes”.

Tras acceder al trono al adelantarse su mayoría de edad en noviembre de 1843, Isabel II mostró desde un principio su preferencia por los moderados, dejando fuera del juego político al partido progresista. Se abrió un largo período de predominio moderado. Los progresistas optaron, o por el *retraimiento*, negándose a participar en unas consultas electorales claramente amañadas, o por la preparación de pronunciamientos apoyados por insurrecciones populares. En 1845 se promulgo la Constitución de 1845 de una forma más moderada en comparación a la del 1837.



En ella podemos encontrar su artículo 2 que nos dice: “todos los españoles pueden imprimir y publicar libremente sus ideas sin previa censura, con sujeción a las leyes”.

Las prácticas dictatoriales de Narváez y González Bravo en los últimos gobiernos moderados extendieron la impopularidad del régimen moderado y de la reina Isabel II, que siempre les había apoyado. Finalmente la sublevación estalló en septiembre de 1868. Iniciada por el unionista almirante Topete en Cádiz, al pronunciamiento militar se le unieron rápidamente sublevaciones populares en diversas zonas del país. Isabel II huyó a Francia. La que los progresistas vinieron a denominar "Revolución Gloriosa" había triunfado con gran facilidad en el país. Inmediatamente se estableció un gobierno presidido por Serrano, con el general Prim en el ministerio de Guerra. Unionistas, progresistas y demócratas conformaban el gabinete. El nuevo gobierno convocó elecciones a Cortes Constituyentes por sufragio universal. Los progresistas vencieron en unos comicios bastante limpios para lo normal en la época y marcaron con su ideología la nueva constitución que se aprobó al año siguiente, la Constitución de 1869.

Dicha Constitución también nos habla de esa libertad de expresión en su artículo 17: “Tampoco podrá ser privado ningún español: - del derecho a emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante.; - del derecho de reunirse pacíficamente.; - del derecho de asociarse para todos los fines de la vida humana que no sean contrarios a la moral pública..; -del derecho de dirigir peticiones individuales o colectivamente a las Cortes, al Rey y a las Autoridades.”

En el período de 1874 a 1923 se dio la llamada Restauración en el cual su marco jurídico estaba basado en la Constitución de 1876. En que de forma más concreta en su artículo 13 nos decía que todo español tiene derecho a emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante, sin sujeción a la censura previa. Por tanto, se hablaba de una libertad expresión sin ningún límite.



Seguidamente, se entró en la II República española (1931 a 1936), en la cual se aprobó la Constitución de 1931 en que en el artículo 34 se decía en un primer momento que la libertad de expresión se entendía como garantía que en ningún caso podrá recogerse la edición de libros y periódicos sino en virtud de mandamientos de un juez competente. No podrá decretarse la suspensión de ningún periódico, sino por sentencia firme. El nuevo gobierno provisional presidido por Manuel Azaña presentó el 20 de octubre de 1931, sólo seis días después de su constitución, el proyecto de Ley de Defensa de la República para su discusión por las Cortes Constituyentes con carácter urgente. Era incompatible con el artículo 34 de la Constitución que garantizaba la libertad de expresión ya que consideraba “actos de agresión a la República” la “incitación a resistir o a desobedecer las leyes o las disposiciones legítimas de la autoridad”, “la difusión de noticias que puedan quebrantar el crédito o perturbar la paz o el orden público”, “toda acción o expresión que redunde en menosprecio de las Instituciones del Estado” y “la apología del régimen monárquico... y el uso del emblema, insignias o distintivos alusivos”. Además la ley preveía la suspensión por orden del Ministro de la Gobernación de los periódicos que incurrieran en los supuestos anteriores, lo que contravenía el último párrafo de ese mismo artículo 34 que determinaba: “no podrá decretarse la suspensión de ningún periódico, sino por sentencia firme”².

Tras el triunfo militar de los alzados en armas contra la República, sobrevino la larga noche del franquismo en la que la libertad toda tuvo que marcharse al exilio. Mucho después de la consolidación del Régimen dictatorial en 1966 se promulga una nueva ley de prensa, que si bien levantaba la censura previa, la mantenía a posteriori. Tras la muerte de Franco en noviembre de 1975 se instaura la democracia plena en el espíritu de la ley constitucional de 1978.

II. La libertad de expresión en la CE de 1978

La libertad de expresión es de difícil ejercicio sin ser un Estado de Derecho, donde se hayan proclamado y garantizado las libertades fundamentales, como son las de asociación

² Enumeración del artículo 1 de la Ley de Defensa de la República 1931

ideològica o de interès socials o religiosos. Y aun en aquells Estats, com el nostre, en que tals garanties són constitucionals y de exercici pràctic, atribuint així la interpretació de los drets fundamentals referits al exercici de la llibertat a rebre y transmetre informació o la de opinar, a los jutges o a la autoritat judicial; la llibertat de expressió se veia reprimida, restringida o penalitzada en la persona del comunicador o del mitjà de comunicació de ambos.

Aunque firme en el paper e incuestionable en el discurso democrático, si leemos con detenimiento, los legisladores por medio de la Constitución Española y la Ley de Desarrollo han sido cautos a la hora de tratar el tema de la libertad de expresión. Se prevén limitaciones a la libertad de expresión tales como “el honor, la intimidad y vida privada, la propia imagen, la protección de la juventud y de la infancia, la verdad, el secreto profesional del periodista, los secretos oficiales y sumariales y el derecho de rectificación”

Parece, pues que una libertad de expresión absoluta no ha sido aún asimilada por nuestra sociedad. El mismo ejercicio diario de informar con veracidad tiene muchas y múltiples interpretaciones. Las leyes constitucionales preservan tal libertad como un derecho fundamental del sistema democrático, pero antepone aquellos derechos individuales que podrían ser lesionados en el ejercicio de la libertad de informar o a opinar. Por otra parte, fue prudente el legislador cuando previo la posibilidad de que los medios de comunicación social pudieran extralimitar sus funciones propias y lesionar los derechos individuales aludidos.

3. Concepto

Por otra parte, el concepto de libertad de expresión lo podemos extraer, principalmente, de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, que ha ido estableciendo, día tras día, la doctrina, sobre la libertad de expresión incluyendo dos facetas esenciales de las mismas:

- a) El derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades, que garantiza el artículo 16.1 de la Constitución, y que es considerada como la base y fundamento previo de todas las demás libertades democráticas.
- b) El derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, a que se refiere el artículo 20.1 a).

La libertad de expresión es uno de los ingredientes y elementos constitutivos de la vida democrática de los países. Sin libertad de expresión no hay democracia.

En este sentido la doctrina mantiene que “La libertad de expresión, entendida como el derecho a la manifestación pública de las propias ideas y opiniones, ha constituido a lo largo de los dos últimos siglos una de las reivindicaciones más hondamente sentidas por todos los movimientos políticos democráticos”.³

El derecho a la libre expresión lo podemos entender como el derecho más amplio que el que respecta al de la información, pues este derecho a la libre expresión integra tanto

³ Javier Terrón Montero, *Libertad de expresión y Constitución*, En: *Documentación Administrativa*, 187, 1980, pp.201



pensamientos, ideas y opiniones, no solamente noticias. Aunque esta libertad de expresión puede derivar en injurias, calumnias, difamaciones y delitos contra el honor.

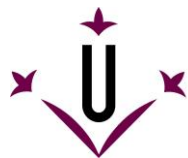
Se trata de un derecho fundamental, cuyo ejercicio está protegido por igual para todos los ciudadanos. El periodista no tiene ninguna posición de privilegio respecto a los demás, toda vez que los derechos fundamentales están garantizados para todos según el principio de igualdad que proclama nuestra Constitución.

No obstante, el Tribunal Constitucional reconoce que la profesión periodística es el instrumento de la libertad de expresión más eficaz por su dedicación constante a la investigación de hechos noticiables que constituyen la información. Por este motivo, sin que haya ninguna posición de privilegio en la protección del derecho a la libertad de expresión, hay una protección preferente de la actividad periodísticas: “Si conectamos esta posición especial de los profesionales de la comunicación con la necesidad de que actúen con completa libertad a fin de que sea real una opinión publica libre, debemos incluir que una protección específica de su actividad con la consiguiente, por supuesto, responsabilidad que la misma comporta es, para el legislador, un imperativo constitucional”.⁴

El ejercicio de la libertad de expresión puede verse confrontado con algunos de los derechos fundamentales como pueden ser, el honor, la intimidad y la propia imagen que, juntamente con otros, que integran el valor constitucional que abre el título I, Capítulo segundo, sección 1ª que trata de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

El artículo 18.1 de nuestra Constitución garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen. Estos mismos derechos se configuran como límites a la libertad de expresión en el artículo 20.4. Además de los límites de los derechos

⁴ Francesc de Carreras, *Libertad de expresión*, Anuario 1990, Universidad Autónoma de Barcelona, p. 32



de la personalidad, el artículo 20.4 impone también el límite de la protección de la juventud y de la infancia.

El Tribunal Supremo y sobre todo el Tribunal Constitucional han ido elaborando la doctrina, que hoy está ya sentada sólidamente, que pretende resolver el conflicto entre los derechos a la libertad de expresión y los derechos de personalidad.

En este sentido manifiesta Luis de Carreras Serra que “La jurisprudencia constitucional otorga a la libertad de expresión un carácter preferente sobre los demás derechos fundamentales, como son el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. De manera que si la libertad de expresión se practica legítimamente – porque no se utilizan expresiones formalmente injuriosas –, el derecho al honor cede ante ella.”.⁵

⁵ Lluís de Carreras Serra, *Régimen Jurídico de la Información*, Ed. Ariel, Barcelona, 1996, p.93.



4. Naturaleza jurídica

La naturaleza de la libertad de expresión ha presentado una evolución jurisprudencial cuyos hitos más importantes parecen afectar a dos cuestiones fundamentales:

I. Su carácter de derechos de libertad y/o derechos de expresión

Un hito importante se va a producir en la sentencia 6/1981, de 16 de marzo, en la cual se proclama su condición de “derechos de libertad frente al poder y comunes a todos los ciudadanos”. Sin embargo, en esta misma decisión jurisprudencial se apunta ya el problema del posible carácter prestacional de los mismos, merced a lo establecido en el artículo 20.3 CE y, principalmente, a su condición de derechos destinados a la garantía de la opinión pública libre.

La libertad de expresión engloba un aspecto institucional cuya finalidad es la garantía de la opinión pública libre, tendiendo a realizar, en el plano de la información, el pluralismo político y que requiere la adscripción de medidas correctoras de la desigualdad lo que puede conseguirse mediante el uso ordenado de los medios de comunicación social del Estado.

El Estado tiene la obligación de adoptar las medidas oportunas para proteger a los que hacen uso de la libertad de expresión de los ataques físicos provenientes de tercero que no opinan igual no siendo lícito que el Estado adopte una postura pasiva ante tales hechos. Una referencia a los derechos es que son derechos individuales de defensa frente al Estado y al mismo tiempo están vinculados al principio democrático que exige una comunicación libre; a la posibilidad de que en este caso el derecho fundamental se convierta en un derecho de prestación; a que estos derechos fundamentales son inescindibles de la libertad de los medios de comunicación, lo cual supone seguramente una acción positiva del Estado, cuyo fundamento es el art 1.1 y el artículo 9.2 CE.

II. Condición de derechos o libertades preferentes

Los derechos fundamentales no son absolutos, como tampoco lo son los límites a los mismos, existe un régimen de concurrencia normativa y no de exclusión, gozando todos ellos de una fuerza expansiva que actúa sobre las normas limitadoras de los mismos, las cuales han de ser interpretadas restrictivamente, se insiste en la dimensión institucional de los derechos reconocidos en el art 20, señalando que “en él se garantiza un interés constitucional, la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de la sociedad libre y democrática”⁶. Por ello, existe una posición preferencial de estas libertades que implica, de una parte, una mayor responsabilidad moral y jurídica en quien realiza la información, de otra exige una rigurosa ponderación de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio.

Dicho juicio ponderativo debe estar presidido por dos parámetros esenciales, referido uno a la clase de libertad ejercitada, y el otro, la condición pública o privada de las personas afectadas por su ejercicio. Mientras los hechos, por su materialidad, son susceptibles de prueba; los pensamientos, ideas y opiniones o juicios de valor no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su expresión a lo que no es exigible por su condición abstracta la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación y, por tanto la libertad de expresión es más amplia.

Hasta este momento parece que la línea jurisprudencial, aun reconociendo que no deduce todas las posibles consecuencias jurídicas, mantiene una cierta coherencia y claridad. El carácter preferente de la libertad de expresión no tiene un carácter absoluto, sino que se exige un juicio de ponderación en virtud del cual dichas libertades prevalecen siempre que se trate de asuntos o personas públicas.

⁶ STC 12/1982, FJ 3



A lo largo de los años nuestra jurisprudencia constitucional ha tratado de delimitar el carácter prevalente de la libertad de expresión, prevalencia que no es absoluta ni jerárquica, sino que está en función de las circunstancias del caso, entre las cuales hay que destacar la existencia de un interés público y si contribuye o no a la formación de la opinión pública y la naturaleza pública o privada de las personas afectadas. Es el juez ordinario el que debe ponderar estas circunstancias. Asimismo, debe tener en cuenta los límites inherentes a estas libertades, límites que tampoco tienen un carácter absoluto y que han de ser interpretados restrictivamente. Pese a este importante esfuerzo de nuestra jurisprudencia constitucional, ésta no puede considerarse aun definitivamente consolidada, pues no deja de plantear importantes problemas, que deben ser objeto de una futura y deseable evolución jurisprudencial que debe tener como finalidad primordial la consecución del principio de seguridad jurídica y criterio de ponderación esencial de estas libertades en un sistema democrático.



5. Titularidad

La titularidad del derecho a la libertad de expresión no plantea especiales problemas. La libertad de expresión es un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos, sin ningún tipo de distinción, y cuya titularidad también corresponde a los extranjeros, de acuerdo con los convenios y tratados internacionales firmados por nuestro país.

En cuanto a los obligados a la protección y cumplimiento de este derecho de libertad de expresión, se encuentra en primer lugar el Estado, es decir, a todos los poderes públicos. Pero, además debemos señalar que el reconocimiento del contenido objetivo del derecho, y más concretamente de la eficacia irradiante de los derechos, ha resuelto el problema de la eficacia frente a terceros, puesto que los derechos, como principios objetivos, despliegan su eficacia en todos los ámbitos del derecho, y especialmente en el derecho privado, de modo que la libertad de expresión, en este caso, tiene eficacia también en las relaciones entre particulares.

Por lo que esta titularidad puede ser ejercitada también por las personas jurídicas, nos queremos detener un momento para preguntarnos: ¿qué límites se dan para esa publicidad ilícita o engañosa de estas personas jurídicas?

Muy posiblemente el artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (en adelante LGPu) sea uno de los más importantes, desde un punto de vista práctico, y más interesantes. Cuando la LGPu vino a derogar la hasta entonces vigente Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprobaba el Estatuto de la Publicidad, para adaptar la legislación nacional a las exigencias del Derecho comunitario, una de las novedades más significativas y relevantes fue, precisamente, la incorporación de determinados supuestos de publicidad ilícita. La publicidad representa una manifestación más de la libertad de expresión, de importancia e implantación crecientes en los tiempos presentes. Ninguna libertad, ningún derecho, por fundamental que sea, es ilimitado. Menos aun cuando su

finalidad primera, aunque no única, es la comercial. Por otro lado, delimitar la extensión de una libertad o solucionar posibles colisiones entre derechos o valores jurídicamente protegidos no es tarea sencilla. Se corre el riesgo de ser demasiado permisivo o demasiado restrictivo. En un buen número de ocasiones, dicha labor requiere, además, juicios valorativos más que estrictamente jurídicos.

El artículo 3 LGPu viene a establecer una serie de límites a dicha libertad de expresión cuando ésta aparece vinculada a las actividades publicitarias diversas realizadas para la promoción de un producto, bien, actividad o servicio. La naturaleza o, si se prefiere, la finalidad primera perseguida por los límites fijados en el mismo por el legislador no es, sin embargo, homogénea, ni ha recibido el mismo tratamiento legislativo. En primer lugar, por lo que a la naturaleza o finalidad de los límites se refiere la calificación de la publicidad engañosa, desleal o subliminal como ilícita pretende, ante todo, garantizar unas condiciones de lealtad, transparencia y veracidad del mercado y salvaguardar la confianza en el mismo. Podría afirmarse que estos límites a la libertad de expresión han sido introducidos para proteger, ante todo, al consumidor y a los propios competidores.

La posibilidad de regular en normativa específica ⁷ la publicidad relativa a determinados productos, bienes, actividades o servicios y la consiguiente calificación de la publicidad que infrinja tales normas como ilícita, sin perder de vista el mercado, pone el acento en la protección del consumidor frente a bienes o servicios que podrían ser considerados peligrosos. Aquí, el límite a la libertad de expresión vendría representado por la salud pública y la seguridad de las personas o su patrimonio (tabaco; bebidas alcohólicas; productos estupefacientes, psicotrópicos y medicamentos; juegos de suerte, envite o azar...).

⁷ artículo 3 Ley General de Publicidad, apartado e)

Por último, la publicidad considerada ilícita a la luz del apartado a) del artículo 3 LGPu atiende a la necesidad de salvaguardar en “la libertad de expresión publicitaria” los mismos derechos y valores constitucionales que representan un límite general a la libertad de expresión establecidos en la propia Constitución española de 1978. Aunque este apartado no existiera, la dignidad de la persona y los valores y derechos reconocidos en la CE seguirían actuando de límite al discurso publicitario y serían merecedores de protección si sufriesen daño alguno, aunque, sin duda, es un acierto que el legislador haya decidido hacer mención expresa a ello a modo de recordatorio.

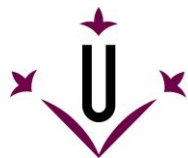
Mientras que los apartados b), c), d) y e) del artículo 3 LGPu han sido objeto de desarrollo algo más detallado en la propia ley, no ha sucedido lo mismo con el apartado a). La publicidad engañosa, desleal, comparativa, subliminal y la relativa a productos o servicios peligrosos para la salud pública o para la seguridad pública son analizadas en otros capítulos de estos comentarios colectivos. Éste se centrará, por tanto, en la publicidad contraria a la dignidad de la persona o que vulnere valores y derechos reconocidos en la CE.

Aunque es conveniente hacer una serie de precisiones:

1ª) aunque la redacción actual del apartado a), artículo 3 LGPu es el resultado de las modificaciones introducidas en el ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, no se aprecian variaciones sustanciales profundas respecto a la redacción anterior;

2ª) es, por definición, un apartado de contenido altamente valorativo, en el que el contexto social y cultural habrá de ser muy tenido en cuenta para pronunciarse sobre la posible licitud o ilicitud de determinada publicidad;

3ª) de todos los supuestos de publicidad ilícita, es el de contenido más difuso y de más difícil determinación, resultando por ese motivo especialmente interesante para los



estudiosos del Derecho y de forma destacada para los estudiosos del Derecho constitucional, pues en definitiva versa, entre otros, sobre el espinoso tema de los “límites ideológicos” del contenido de la libertad de expresión;

4ª) deben desecharse prejuicios iniciales en un sentido permisivo (que ven en cualquier límite a la libertad de expresión una manifestación reprobable de “censura”), así como evitar la tentación de restricciones excesivas;

5ª) desde la perspectiva de un constitucionalista se echan en falta más pronunciamientos sobre esta materia específica por parte del Tribunal Constitucional. Entre lo constitucionalmente permitido y lo políticamente correcto existe diferencia. La autorregulación y el autocontrol existente en materia de publicidad conlleva un resultado parcialmente beneficioso, como es la resolución al margen de los tribunales de justicia de un buen número de casos, pero es precisamente esta reducida judicialización la que puede generar, en ocasiones, ciertas lagunas y dudas sobre el planteamiento detallado que harían de la “libertad de expresión publicitaria o comercial” el TC y también los tribunales de la jurisdicción ordinaria.



6. Contenido

La libertad de expresión es un derecho de defensa o derecho de libertad, un tipo de derecho subjetivo en el que la posición jurídica que se define es una posición de libertad: el titular es, respecto a una alternativa de acción, jurídica y fácticamente libre; el titular tiene la posibilidad de hacer o no hacer lo permitido. Concretamente, el art. 20.1 de la Constitución define una posición de libertad referida a la posibilidad de exteriorizar sin trabas cualquier manifestación intelectual, así como de no exteriorizarla. Así definido, un derecho de libertad faculta a sus titulares para defender el ámbito de libertad protegido frente a injerencias injustificadas de los poderes públicos que no estén apoyadas en la ley, e incluso frente a la propia ley en cuanto ésta intente fijar otros límites distintos de los que la propia Constitución admite. Como tal derecho de libertad, el derecho subjetivo a la libertad de expresión no exige con carácter general más que la pura y simple abstención, la ausencia de trabas e impedimentos, una mera actitud de no injerencia por parte de los poderes públicos, y desde luego no exige ningún tipo de reconocimiento formal por parte de la Administración para ejercer una libertad reconocida constitucionalmente. La lesión del derecho se produce, por tanto, en aquellos casos en los que la comunicación y difusión de expresiones se ve impedida.

I. La expresión de opiniones

La libertad de expresión, en cuanto derecho de los ciudadanos, se concreta en la realización de las posibilidades que literalmente el precepto constitucional reconoce: expresar cualquier pensamiento, idea, creencia, juicio de valor u opinión, es decir, cualquier concepción subjetiva de la persona, y difundirla a través de cualquier medio, ya sea natural (la palabra, los gestos) ya sea cualquier medio técnico de reproducción (por escrito, a través de las ondas,...).⁸

⁸ STC 12/1982, Fundamento Jurídico 3.

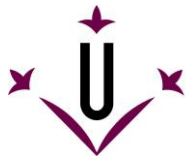


En relación con la emisión y difusión de opiniones, el Tribunal Constitucional ha señalado que la libertad de expresión protege no sólo la expresión de opiniones inofensivas o indiferentes, o que se acojan favorablemente, sino también aquéllas que puedan inquietar al Estado o a una parte de la población, pues así resulta del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una sociedad democrática. En reiterada jurisprudencia el Tribunal ha interpretado que la libertad de expresión ampara la crítica, por ejemplo respecto de quien ostenta un cargo público, incluso la crítica molesta, acerba o hiriente, pero advirtiendo que la crítica de la conducta de una persona no permite utilizar expresiones formalmente injuriosas o innecesarias, que quedan fuera del ámbito protegido por la libertad.

II. La creación de medios de comunicación

De acuerdo con la interpretación del Tribunal Constitucional, la libertad de expresión comprende, en principio, “el derecho de crear los necesarios medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible”. Ese derecho a crear los soportes de comunicación tendría, sin embargo “indudables límites”, tanto en general como referido en concreto a un determinado soporte, aunque los límites serán diferentes según cuál sea el soporte de que se trate. El derecho a crear radio y televisiones, por ejemplo, tendría fundamentalmente tres límites, según la ley 17/2006 de 5 de junio de la radio y de la televisión de titularidad estatal. Aunque la creación de periódicos, por el contrario, no se encontraría con los tres límites que a continuación se citaran: no hay posibilidades limitadas de utilización, no se usa un bien de dominio público, ni hay normas internacionales vinculantes.

El primero, impuesto por la insuficiencia natural o tecnológica, dado que dicha escasez determina una tendencia oligopolística y ello obliga a delimitar el derecho de forma que el ejercicio del mismo (la creación de un medio) no impida un igual ejercicio por parte de los demás ciudadanos; debemos señalar, no obstante, que este límite no se presenta de la misma manera en las diferentes modalidades técnicas de radiotelevisión, pues mientras la televisión por ondas hertzianas se transmite a través frecuencias limitadas, el cable admite un número



muchísimo más elevado de canales de televisión, es decir, que este límite depende en gran medida de las posibilidades que otorga la tecnología.

El segundo límite viene impuesto por la utilización de un bien de dominio público, el espacio por el que se transmiten las ondas radioeléctricas.

Y el tercero, impuesto por el respeto al derecho internacional de las telecomunicaciones, que obliga a los Estados a establecer un sistema de licencias para la utilización de las frecuencias radioeléctricas.

El Tribunal hace aquí una distinción entre “derechos primarios”, los directamente reconocidos como derechos fundamentales en el art. 20.1 CE (libertad de expresión, libertad de información...), y “derechos instrumentales”, que son meramente instrumentales de aquellos, como es el caso del derecho a crear los soportes, instrumentos o medios necesarios para ejercer la libertad de expresión. Aunque la distinción dogmáticamente no resulte clarificadora en exceso, puesto que de lo que se trata simplemente es de determinar si la actividad de crear medios está incluida en el ámbito protegido por la libertad de expresión, lo que nos interesa señalar es la consecuencia que el Tribunal deriva de dicha distinción: el legislador dispone de una mayor capacidad de configuración al regular los derechos instrumentales (el derecho a crear los medios, en este caso) que al regular los derechos reconocidos en el art. 20.1 CE . Estos últimos son derechos de libertad y no admiten mayor intervención del legislador, mientras que la facultad de crear medios puede exigir una mayor intervención legislativa, dependiendo, como ya hemos visto, de las características del medio: la creación de radiotelevisiones, por su naturaleza, exige una detallada regulación estatal para posibilitar su ejercicio en condiciones de igualdad, evitar interferencias en otros usos del dominio público radioeléctrico y cumplir las normas internacionales; la creación de periódicos, sin embargo, no exige una regulación de esas características.

En el margen de libertad que el Tribunal Constitucional reconoce al legislador para regular la creación de medios audiovisuales, el Tribunal entiende incluidas las decisiones relativas a la creación de televisiones privadas, pues del art. 20 CE no nace directamente un derecho a exigir el otorgamiento de frecuencias para emitir; a su juicio, la llamada televisión privada no está necesariamente impuesta por el art. 20 CE, aunque no está tampoco constitucionalmente impedida, su implantación no es una exigencia constitucional, sino una decisión política del legislador.

De acuerdo con el margen de maniobra que el Tribunal Constitucional le reconoce, el legislador ha establecido un sistema de radiotelevisión cuyos principales rasgos son los siguientes:

- a) El legislador ha configurado a la radiotelevisión, en todas sus modalidades técnicas, salvo la televisión por satélite, como un servicio público. El Tribunal ha considerado constitucionalmente legítima la calificación de la televisión como servicio público, calificación que, a su juicio, se encuentra dentro de las potestades del legislador y que es una de las varias opciones constitucionalmente lícitas, pero -advierte el Tribunal- que no permite cualquier regulación de la radiotelevisión, ya que hay derechos subjetivos en juego que el legislador puede limitar sólo justificadamente.
- b) La gestión directa del servicio público se atribuye a un ente público, Radiotelevisión Española, que emite dos canales de televisión ⁹mientras que la gestión del llamado “tercer canal” se atribuye a los entes públicos que creen las Comunidades Autónomas siguiendo el modelo de Radiotelevisión Española.

⁹ La Ley 17/2006 de 5 de junio de la radio y televisión de titularidad estatal.



- c) La gestión indirecta del servicio público se atribuye a particulares mediante un sistema de concesiones o autorizaciones en el que, como ha señalado el Tribunal Constitucional, se debe asegurar que la adjudicación de las concesiones se efectúe con arreglo a criterios generales, objetivos y de igualdad.

III. El acceso a los medios de comunicación

Finalmente, en lo que al contenido de la libertad de expresión se refiere, debemos señalar que se ha discutido sobre la existencia de un derecho al acceso a los medios de comunicación existentes, es decir, sobre si el acceso a los medios de comunicación es también una actividad incluida en el ámbito protegido por la libertad de expresión. El fundamento de este derecho de acceso se encontraría en el art. 20.3 CE, que establece que “la ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos”. El Tribunal Constitucional, interpretando el art. 20.3 CE, ha afirmado que este artículo contiene un mandato que concede a los grupos sociales y políticos significativos al menos el derecho a exigir que no se haga nada por impedir dicho acceso, pero que no cabe derivar de esta obligación el derecho a exigir el apoyo con fondos públicos a determinados medios privados de comunicación social o la creación o el sostenimiento de un determinado medio del mismo género y de carácter público, y que este derecho de acceso será en cada caso articulado por el legislador, que no es absolutamente libre para ello, pues la denegación discriminatoria o arbitraria por carente de fundamento legal del acceso que la ley haga posible entrañará el consiguiente menoscabo del derecho del grupo así afectado a la libertad de expresión que la Constitución garantiza.

Conforme con el margen de maniobra que el Tribunal Constitucional le reconoce, el legislador ha establecido diversas posibilidades de acceso a los medios de comunicación social, de las cuales, sin embargo, difícilmente se puede deducir que el acceso a los medios sea hoy una actividad protegida con carácter de derecho fundamental:



- a) Acceso general a la televisión pública: Radiotelevisión Española (RTVE) debe determinar semestralmente un porcentaje de horas de programación destinadas a los grupos políticos y sociales significativos, fijando los criterios de distribución entre ellos, para lo cual tendrá en cuenta criterios objetivos tales como la representación parlamentaria, la implantación sindical o el ámbito territorial de actuación, y de forma similar se establece este mandato en las leyes autonómicas relativas a los entes públicos autonómicos de radiotelevisión. La que se regula en la Ley 17/2006 de 5 de junio de la radio y de la televisión de titularidad estatal.
- b) Acceso general a la televisión privada: los operadores de cable, titulares de una concesión, deberán reservar el 40% de la oferta distribuida por su red a programadores independientes; y en el caso de la televisión por satélite, los operadores de los servicios de acceso condicional garantizarán al menos el 40% de su capacidad de transmisión a programadores independientes.¹⁰
- c) Acceso durante el período electoral: la ley prevé para los grupos políticos un acceso directo a los medios públicos a través de los espacios electorales gratuitos, mientras que a los medios privados les exige respeto al pluralismo.¹¹

IV. Como se distribuyen las frecuencias de radio y televisión

¹⁰ Regulado en la Ley 9 /2014 de 9 de mayo General de Telecomunicaciones

¹¹ Ley Orgánica 2/2011 del 28 de enero por la que se modifica la Ley orgánica 5/1985 de 19 de junio del Reglamento Electoral General.



Los sistemas MATV (antena colectiva) y SMATV (antena colectiva de satélite) transmiten señales de televisión y radio para su utilización en edificios de viviendas. Las señales se reciben de forma centralizada en la unidad de cabecera y se distribuyen por cable coaxial a todas las viviendas.

En el pasado, cuando se disponía de pocos canales de televisión, las redes de antena colectiva MATV se diseñaban con un escaso ancho de banda de transmisión. Algunos sistemas están contruidos conforme al principio de "árbol-rama" con derivaciones pasivas conectadas a lo largo de un único cable principal de distribución por el que se transmiten todos los canales disponibles.

En muchos casos, un cable de derivación alimenta varias "tomas en cascada" de la misma vivienda. Todos los componentes del sistema están diseñados para transmitir únicamente las frecuencias de las emisiones de televisión y radio FM terrestres.

En muchos sistemas, con el fin de minimizar los costes, las viviendas están conectadas con "tomas en cascada" mediante largos tramos de cable. Tanto la arquitectura de "árbol-rama" como la de "tomas en cascada" limitan sin duda el número de canales que puede añadirse al sistema.

Por ello, para facilitar la distribución de un número considerablemente mayor de servicios, será preciso que los instaladores de antenas rediseñen y vuelvan a cablear la mayoría de las redes MATV.

a) Distribución de señales terrestres

Los canales de televisión transmitidos por vía terrestre son analógicos y se hallan en la banda de frecuencias de VHF/UHF, 47-230 MHz y 470-862 MHz. Se trata de canales modulados en amplitud (AM) que pueden transmitirse por un sistema comunitario sin necesi-

dad de modificar el tipo de modulación ni la banda de frecuencias. Los televisores están diseñados para la recepción directa de las señales de televisión procedentes de la emisora, por lo que los sistemas comunitarios suelen transportarlas en su formato y frecuencia originales. Al margen de la amplificación, la unidad de cabecera no procesa las señales en modo alguno

b) Distribución de señales de satélite

En la actualidad, las señales de televisión de satélite también son analógicas, pero están moduladas en FM y ocupan un ancho de banda mucho mayor que las señales terrestres. Por esta razón, un televisor estándar no puede recibirlas directamente. Para resolver este inconveniente, se diseñaron sistemas de distribución SMATV, destinados a la recepción de un número limitado de canales de satélite. Estos se convierten del formato satélite al formato terrestre en la unidad de cabecera y las señales resultantes pasan a la red de distribución junto con los canales terrestres de la banda VHF/UHF

c) Inconvenientes de las redes existentes

La introducción de la transmisión analógica por satélite ha supuesto un notable incremento del número de canales de televisión. La distribución de todos los servicios disponibles exige un ancho de banda mucho mayor del que se encuentra disponible en la actualidad en la mayoría de los sistemas de distribución existentes, que, en el mejor de los casos, cubren únicamente el margen de frecuencias VHF/UHF, de 47 a 862 MHz.

d) Nuevas redes

El sistema de satélites ASTRA transmite sus canales analógicos de televisión y radio en una banda de frecuencias extremadamente alta, de 10.7 a 11.7 GHz, pero el LNB de la antena parabólica los convierte a la banda de F.I. de satélite de 950 a 2050 MHz.



La distribución completa de todos los canales de satélite, además de los servicios adicionales, como la programación radiofónica, el modo estéreo y la selección de distintos idiomas transmitidos simultáneamente para un canal de televisión, puede lograrse de forma sencilla y económica, mediante la distribución en bloque de las señales de satélite en la banda de F.I. directamente al telespectador.

Las nuevas redes de distribución pueden satisfacer fácilmente los requisitos de todos los canales transmitidos por satélite.



7. Las limitaciones en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos

En este punto vamos a destacar dos cuestiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH):

I. *El valor de las libertades de expresión para el modelo de sociedad democrática protegido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)*

El TEDH ha hecho referencia constante en su jurisprudencia a que la libertad de expresión, entendida en el CEDH en sentido amplio, esto es, que comprende también la libertad de información, constituye uno de los elementos fundamentales de la democracia. Así, por ejemplo, el citado tribunal afirmó que “la libertad de expresión constituye uno de los pilares fundamentales de una sociedad democrática y una de las condiciones básicas para que esta progrese y para el pleno desarrollo individual.”¹² En otra ocasión, en una sentencia del mismo Tribunal Europeo de Derecho Humanos mantuvo que “las elecciones libres y la libertad de expresión, especialmente la libertad de debate político, constituyen los cimientos de todo debate democrático.”¹³

La cuestión apuntada tiene dos importantes consecuencias estrechamente relacionadas entre sí,

- A) En primer lugar, la función social que la libertad de expresión desempeña en el modelo de sociedad democrática protegido por el CEDH determina para el TEDH distintos grados de protección en el ejercicio de la misma. Así, por ejemplo, el debate político o las informaciones sobre cuestiones de interés general tienen un

¹² STEDH de 27 de febrero de 2001, “Caso Jerusalem”, par. 32.

¹³ STEDH de 19 de febrero de 1998, “Caso Bowman”, par. 42

mayor nivel de protección en los conflictos con otros derechos o bienes protegidos que la publicidad comercial.

B) En segundo lugar y directamente relacionado con el anterior, las restricciones impuestas sobre la libertad de expresión se deberán interpretar de forma restrictiva sobre todo cuando su ejercicio este directamente relacionado con el funcionamiento del sistema democrático. En consecuencia, como afirma reiteradamente el TEDH, no solo son admisibles “las informaciones o ideas recogidas con favor o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también las que molestan, chocan o inquietan”. Del mismo modo, el CEDH exige que la restricción de la libertad de expresión sea necesaria para una sociedad democrática, es decir, la limitación debe ajustarse a las exigencias del modelo democrático preservado por el Convenio, que se caracterizó por el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, lo que significa que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcional al objetivo legítimo que se persigue.

II. ***El método utilizado por el Tribunal de Estrasburgo para determinar si una concreta restricción de la libertad de expresión es acorde con el principio CEDH***

El CEDH como canon para enjuiciar la validez de las restricciones establecidas sobre los derechos reconocidos en el mismo, el TEDH desarrolló el denominado “test de Estrasburgo”. El aludido test se aplica una vez constatada la injerencia o limitación por parte de las autoridades de un Estado sobre las libertades reconocidas en el Convenio, y consiste en los siguientes pasos:

A) Se verifica que la limitación de los derechos esta prevista en la ley, el TEDH se ha mostrado más exigente en lo relativo a la calidad intrínseca de la norma, que en su naturaleza puramente formal. Es decir, se ha centrado más en la calidad de la norma que en su aspecto formal, por ejemplo en decir que diferente jurisprudencia del



Tribunal Europeo de Derechos Humanos, este tribunal constata la palabra ley en la expresión “prevista por la ley”, así como no da tanta importancia al hecho de que el “contempt of court” sea creación del “Common law” y no de la legislación, y por tanto se privaría así a un Estado de Common Law de la protección del artículo 10.2 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y se rompería la base del sistema jurídico¹⁴; así que es por eso que el TEDH sólo exige dos requisitos para considerar que la injerencia esta prevista por la ley:

- a) La accesibilidad, implica que el ciudadano tiene que disponer de unas referencias legales suficientes que se adecuen a las controversias que se le ha presentado, para que, de este modo, el mismo ciudadano pueda saber qué norma legal puede aplicar según la circunstancia que le suscite.
- b) La previsibilidad de la ley, lo que nos da a entender que el derecho interno con el que nos surge la controversia debe estar bien formulado y precisado para que, de este modo, las personas que se vean afectadas por dicho derecho puedan prever, hasta un cierto grado razonable, las circunstancias que pueden resultar del acto determinado.

B) Se examina si la restricción es necesaria para una sociedad democrática.

- a) La necesidad de la injerencia, el TEDH ha manifestado que el adjetivo necesario no es sinónimo de indispensable, pero tampoco puede ser interpretado en términos tan amplios como por ejemplo “útil”, “normal”, “razonable” u “oportuno”. El TEDH ha establecido que este requisito se identifica con una necesidad social imperiosa en el contexto de una

¹⁴ STEDH de 26 de abril de 1979, “caso The Sunday Times”, párr.. 47



sociedad democrática caracterizada por el pluralismo, la tolerancia y un espíritu abierto.

- b) La proporcionalidad, implica que las decisiones de las autoridades nacionales que limiten el ejercicio de un derecho reconocido en el CEDH han de estar fundamentadas en una aceptable valoración de los hechos relevantes, de modo que se haya mantenido un justo equilibrio entre el derecho fundamental del individuo sometido a restricción y el interés legítimo perseguido por un Estado democrático al imponer tal restricción.¹⁵

¹⁵ García San Jose, D.I: *Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI, análisis de la interpretación y aplicación por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de la cláusula “necesario para una sociedad democrática”*, Universidad de Sevilla, 2001, p.75

8. Límite del derecho a la libre expresión

Según el art. 20.4 de la Constitución, las libertades reconocidas en dicho artículo “tienen su límite en el respeto de los derechos reconocidos en este Título I de la Constitución española, en los preceptos de las leyes que los desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia”. Es decir, los límites de la libertad de expresión, como los de cualquier otro derecho, se encuentran en los restantes derechos fundamentales así como en otros bienes constitucionalmente protegidos, límites que el legislador puede haber concretado en las normas de desarrollo correspondientes, respetando siempre, eso sí, el contenido esencial de la libertad de expresión, así como el principio de proporcionalidad.

1. La protección de la juventud y de la infancia

En los artículos 38 y 43 de la actual Ley Orgánica de 5 de junio sobre la reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, aprobado por Decreto el 11 de Junio de 1948, no se deben publicar los nombres de los jóvenes menores de 16 años, ante los tribunales. Se pueden publicar los acuerdos a los que llegue el tribunal silenciando los nombres y las fotografías o cualquier detalle que permitiera identificar al menor. Según este Reglamento la norma más prudente es guardar silencio y no publicar ni nombres ni rasgos de la personalidad de los jóvenes delincuentes.

En lo referente a la protección jurídica a la infancia, debemos remitirnos a nuestra constitución de 1978 que, sensiblemente con este tema, alude en más de un artículo a dicha protección, y emplea el termino correcto de infancia en su artículo 20.4.: “estas libertades (de pensamiento, expresión, creación literaria, etc) tienen su imite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, de los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.



Por consiguiente, el derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas u opiniones a través de cualquier medio, tiene, entre otros límites, los que miran a la protección de los jóvenes y de la infancia.

También nos encontramos con el artículo 39 de la Constitución que protege a la infancia en sus dos últimos apartados: según el número 3, “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”. Conforme al apartado 4, “los niños gozaran de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

II. Honor

El derecho al honor es un derecho fundamental humano que mantiene el derecho a la propiedad de la propia dignidad y personalidad. Es uno de los derechos irrenunciables de la persona. Nadie puede renunciar a su honor, ni a su dignidad. Así lo entiende también César Molinero: “En el orden jurídico se produce el amparo de los derechos individuales en su ámbito de protección contra la propia renuncia a estos derechos por el sujeto el derecho facilita una sólida protección incluso de la apariencia, de la presentación ante los demás, como es la dignidad de la persona, y en definitiva, su honor”.¹⁶

En el caso de conflicto entre el derecho al honor y a la libertad de expresión, hay opiniones para todos los gustos. Unos opinan, y tienen razones para ello, que el derecho a la libertad de expresión está por encima del derecho al honor. Otros, por el contrario, argumentan que el derecho al honor al ser un derecho más cercano a la propia persona se debe anteponer al derecho de la propia libertad de expresión. Manuel Jaén Vallejo se inclina por la primera teoría cuando afirma: “La interpretación del nº 4 del art. 20 CE debe tener en cuenta que la libertad de expresión constituye un elemento esencial de Estado social y democrático de derecho en que se configura nuestro país, luego en la resolución del conflicto que se produzca entre aquella y el derecho al honor debe prevalecer la primera – concurriendo las

¹⁶ César Molinero, *Libertad de expresión privada*, Ed. A.T.E., Barcelona, 1981, pág. 72



condiciones examinadas -, que es la que defiende intereses generales que afectan a toda la comunidad, en la que defiende intereses generales que afectan a toda la comunidad, en contraste con el derecho al honor, que se contrae a la defensa de un derecho individual”.¹⁷

En esta misma línea opinan Carlos Soria y Corts Grau cuando defienden que el honor además de un derecho es un deber. Deber de la persona a mantenerlo siempre. “Ese crédito moral es imprescindible e inamisible como lo es la dignidad ontológica del hombre de la cual procede. Tal vez aquí radique la clave de por qué, en este nivel, el honor es un derecho, pero también un deber: por desvalido, hasta por abyecto que un hombre aparezca, dice Corts Grau, tiene derecho a ser tratado como tal, y un deber estricto de no abdicar de su dignidad humana, entre otras razones porque sería absurdo renunciar a la propia naturaleza, tanto específica como individual”.¹⁸

El derecho fundamental al honor implica un deber de la persona a guardarlo incluso ante el subterfugio del interés social de una información. Así, al menos, lo ha establecido César Molinero: “La doctrina jurídica en materia de dignidad y el honor ha conducido a la promulgación de normas que protegen a la persona contra su verdad íntima como un interés social, como parte esencial de la protección social del yo de cada uno en el ámbito de los demás. Por esas razones no es lícito penetrar en el íntimo valor de la dignidad y del honor bajo el subterfugio del interés social de que se conozca una verdad deshonrosa ya que esta va contra la honra personal que es una de las exigencias de la propia individualidad”.¹⁹

El derecho a mantener el honor y el derecho a que se respete, a pesar del derecho a la información, llega incluso hasta los delincuentes, incluso después de que estos sean sancionados. Las personas pueden cometer delitos y la información mantiene el deber de su divulgación pública para conocimiento social. El honor no excluye delitos, ni

¹⁷ Manuel Jaén Vallejo, *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Editorial COLEX, Madrid, 1992, p.79

¹⁸ Carlos Soria, *Derecho a la información y derecho a la honra*, Ed. A.T.E., Barcelona, 1981, pág. 16, y J. Corts Grau, *Curso de derecho natural*, Editora Nacional, Madrid, 1971, pág.337

¹⁹ César Molinero, *Libertad de expresión privada*, Ed. A.T.E., Barcelona, 1981, pág. 72.



delincuentes, ya que los definitivamente sancionados como delincuentes también tienen derecho al honor. Tan es así que la propia Constitución (se prohíben los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales, art. 26) prohíbe los tribunales del honor, al considerar el honor como uno de los derechos fundamentales de la persona que no puede ser sancionado más que por los grados subsidiarios y accesorios de la pena en el Código Penal.

Resumiendo la protección constitucional del honor, puede establecerse que es un derecho fundamental, que opera tanto frente a los particulares como frente a los poderes públicos (artículos 18.1, 9.1 y 53.1 de la Constitución).

III. Intimidad

En 1983, el concepto de derecho a la intimidad es definido como “la facultad, tutelada por el ordenamiento jurídico, que el ser humano posee de aislarse frente a los demás, manteniendo un reducto de su vida o de su personalidad fuera del alcance de las relaciones sociales”.²⁰

Luis García San Miguel argumenta que, a su juicio, la jurisprudencia, principalmente la del Tribunal Supremo, no ha deslindado con precisión el concepto de intimidad. Según este autor, “hay acuerdo general en considerar el derecho a la intimidad como derecho a mantener secreta la parcela de la persona que más estrecha relación guarda con el fuero interno de aquella, cuyo titular puede desvelar, pero solo a él corresponde la determinación de los otros sujetos con quienes quiere compartir su vida más personal, así como la intensidad, tiempo, modo y demás circunstancias de esa comunicación”.²¹

²⁰ Aurora García Vitoria, *El derecho a la intimidad, en el derecho penal y en la Constitución de 1978*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1983, p.25.

²¹ Luis García San Miguel Rodríguez-Arango (Editor), *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos y universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1992, pp.131-132.



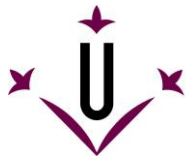
Por otro lado, la ley de 5 de mayo de 1982 que desarrolla el derecho constitucional a la intimidad, en su artículo 7, trata de tipificar, desde un punto de vista negativo, los tipos de atentados, violación o intromisión ilegítima sobre tal derecho.

Dispone, por ello, que tendrán consideración de intromisión ilegítimas:

- A) El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio para grabar y reproducir la vida íntima de las persona.
- B) La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.
- C) La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecta a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de las cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.
- D) La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela

Parece obvio que esta enumeración ha de considerarse como un listado o mención de casos abierto y no cerrado. Es especialmente orientadora por cuanto destaca como la intimidad es considerada tanto desde el aspecto personal como familiar.

IV. La propia imagen



Este derecho fundamental lo podríamos definir como aquel derecho que faculta a las personas a reproducir la propia imagen, con carácter comercial, o no; visto desde la vertiente contraria, es el derecho que tiene la persona a impedir que un tercero pueda captar, reproducir o publicar su imagen sin autorización.

Hay muchos autores que introducen este derecho en el derecho a la intimidad y vida privada, o en el precedente derecho al honor. Sin embargo como la Constitución, que es nuestro vehículo de transporte, lo considera capítulo aparte. Entre quienes unifican estos tres derechos esta, en primer lugar la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.²²

Ley que hemos reservado para este apartado del derecho a la propia imagen aunque la podríamos haber utilizado también en el derecho al honor y en el derecho a la intimidad y la vida privada, pues a salvaguardar estos tres derechos se ha destinado esta Ley Orgánica. Ya en el inicio de esta ley, citando a la Constitución, se reconoce el derecho fundamental a la propia imagen como uno de los límites al derecho de la información. Así comienza la citada ley: “Conforme al artículo dieciocho uno, de la Constitución, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen tienen el rango de fundamentales, y hasta tal punto aparecen realzadas en el texto constitucional que el artículo veinte cuatro, dispone que el resto de tales derechos constituya un límite al ejercicio de las libertades de expresión que el propio precepto reconoce y protege con el mismo carácter de fundamentales”.

Constamos con cinco situaciones de relación entre ambos, que esclarecen en gran medida sus respectivos límites:

²² B.O.E, 14 de mayo de 1982, número 115, págs. 12546-12548



- A) Publicaciones del retrato de una persona sin su consentimiento, pero sí que exista lesión a su honor.
- B) Publicaciones sin consentimiento y con perjuicio del honor.
- C) Publicación del retrato sin consentimiento del titular, en aquellas circunstancias en que éste no es exigible, pero con perjuicio del honor.
- D) Publicación con consentimiento y sin que resulte perjuicio para el honor o reputación del efigiado.
- E) En el primer supuesto, no sufre el honor pero si la imagen del sujeto pasivo; en el segundo se lesionan ambas; en el tercero se vulnera tan solo el honor, y en el cuarto no existe violación de ninguno de los dos derechos.

Para algunos autores el derecho a la propia imagen no es un derecho particular sino que sería un apéndice más del derecho a la intimidad y vida privada. Varios expertos en la materia defienden que el derecho a la propia imagen es una manifestación concreta del derecho a la intimidad, de forma que para considerarlo lesionado basta que, sin consentimiento del titular, se haga pública una imagen del mismo que signifique intromisión en la esfera de la intimidad.

Se discute si el derecho a la propia imagen es autónomo o es una manifestación del derecho a la intimidad. El derecho a la propia imagen incide inmediatamente en la personalidad, no constituyendo un derecho autónomo, sino más bien una consecuencia, un derivado lógico y natural del derecho a la intimidad. Desde el momento en que se obtienen indebidamente imágenes de alguien, aunque no las exhiba o difunda, el ataque a la intimidad queda constituido, puesto que se está interfiriendo arbitrariamente en su esfera privada.



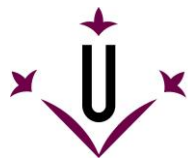
El derecho de la persona sobre su imagen parece presentar una doctrina jurídica dualista: la protección de su titular contra la desnaturalización de su personalidad, en particular de su personalidad social, es distinta del derecho al respeto de la vida privada; al proteger a su titular contra la investigación y la revelación por la imagen de esta parte de su vida que el público no tiene interés legítimo en conocer, se enlaza, en cambio, sin el derecho al respeto a la vida privada. Por respeto a la individualidad de las personas protegiéndolas contra toda injerencia arbitraria que explote publicitariamente su personalidad; por respeto a la intimidad y la vida privada prohibiendo la toma y publicación de la propia imagen.

V. *La verdad*

En cuanto al hacer referencia a la verdad como límite estamos hablando a la calidad de la información que el destinatario reciba. Esta teoría descansa en la existencia de una verdad objetiva y verificable, que puede ser contrastada con la realidad. Pero la libertad de la que estamos hablando ampara no solo el conocimiento cierto, sino también las conjeturas que se formulen sobre determinados hechos, y sobre todo, las apreciadas ideas y opiniones que pudieran entrar en el campo de lo que podríamos denominar “verdad subjetiva”.

Una libertad de expresión que tenga como modelo lo que se acepta como verdadera, o lo que es verificable, inhibe las potencialidades de la imaginación y de la capacidad de creación, condenándonos inexorablemente al estancamiento; además, la tesis que comentamos parte de la premisa de que la veracidad o realidad del mensaje puede ser constatada por individuos racionales, que están en capacidad de controlar las percepciones de los demás, y la comprensión que cada uno tenga del mundo.

Algunas variantes de esta teoría parecen privar de toda protección a expresiones manifiestamente falsas, que tenían por efecto desvirtuar o destruir el objeto de la libre expresión.



Cuando una ley, un acto de los poderes públicos o un acto privado, como el que puede proceder de la actitud contestataria, impide la difusión o rectifican la información false e, incluso, la castigan, en el caso de la ley formal, no están limitando el derecho a la libre expresión, sino procurando que la información sea conforme a su naturaleza y a la naturaleza del hombre, y por tanto, promoviendo su derecho.

Una prueba de ello son las leyes que permiten expresar la verdad como defensa por ejemplo en juicios por difamación que inhiben inevitablemente el libre flujo de ideas y opiniones al transferir la carga de la prueba al que expresa sus opiniones.

9. Internet en relación al derecho a la libre expresión

El impacto de internet sobre estos temas se desarrolló en cuatro formas principales que son importantes desde la perspectiva de las políticas públicas. Los/as especialistas en internet deben comprender la dinámica de esas formas desde esa perspectiva para abordar con eficacia las implicaciones de los derechos en internet.

En primer lugar, internet – en especial la red y las redes sociales – cambió la naturaleza de la publicación. En vez de estar limitada a una cantidad relativamente pequeña de organismos oficiales y empresas privadas, la oportunidad para publicar se ha vuelto universal, por lo que a los gobiernos les resulta difícil o imposible imponer restricciones a las publicaciones (en su sentido más amplio).

En segundo lugar, hizo más fácil que quienes deseen publicar o tener acceso a materiales que son ilegales en una jurisdicción puedan eludir las restricciones legales. El área de debate más destacada en esto ha sido la pornografía, en especial la pornografía infantil, pero hay problemáticas de políticas públicas más amplias en torno a cuestiones sobre restricciones a contenidos religiosos en algunas jurisdicciones, la publicación de incitaciones al odio racial, la publicidad de productos farmacéuticos y armas, compartir información identificadora y la publicación de sitios web o contenidos en línea diseñados para extorsionar dinero.

En tercer lugar, volvió mucho más fácil publicar material en forma anónima. Por un lado, esto alienta la transparencia y la libertad de expresión y de asociación, en especial donde han sido limitadas. Por el otro, trastoca el equilibrio entre la libertad de expresión y los derechos relacionados con la privacidad y la difamación.



En cuarto lugar, hizo más difícil la protección de los derechos de propiedad intelectual, perturbando la restricción a la libertad de expresión donde estos derechos están implicados, tal como está expuesto en el artículo 27 de la Declaración Universal y en las elaboraciones de ese equilibrio en las normas internacionales de propiedad intelectual.

La capacidad de internet para cambiar la relación entre diferentes tipos de derechos, por lo general en favor de la libertad de expresión y asociación, es sustancial y significativa. Dentro de la comunidad de internet esto ha sido mayormente motivo de celebración. Algunos activistas y usuarios también lo han visto como una oportunidad para ignorar o trastocar restricciones legales a las que se oponen, en particular referidas a la propiedad intelectual. Otras organizaciones de derechos sostienen que la única manera en que se puede garantizar el ejercicio de los derechos es mediante un marco legal. Los gobiernos y otros organismos han buscado maneras de ajustar los marcos legales para adaptarlos a las nuevas realidades de internet, con éxito dispar, desde su punto de vista y desde el de la ciudadanía.

I. El derecho a la protección de datos como garantía de las libertades de expresión e información. Una nueva forma de garantía para el estado democrático

Del análisis del reconocimiento del derecho a la protección de datos personales se deduce qué este nuevo derecho surge frente a los nuevos peligros que los avances tecnológicos plantean a los ciudadanos y otorga a las personas un poder de disposición sobre sus datos personales, sobre cualquier información relativa a su persona, con la finalidad última de garantizar el libre desarrollo de su personalidad y, con ello, su libre desenvolvimiento en la sociedad de la que forma parte.

Es por varios autores admitido que la información²³, de la índole que sea se ha convertido en un bien jurídico de extraordinario valor. Son muchos los que califican hoy a la

²³ ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, J.M "la defensa de... op.cit; pp.13-14; TÉLLEZ AGUILERA, "nuevas tecnologías, intimidades...op cit, pp 27-28; PÉREZ LUÑO A.E; "Nuevas tecnologías, sociedad y derecho, Madrid, 1987, p.130; PÉREZ ROYO, J. "Curso de derecho Constitucional ed. Marcial Pons, Madrid 2002, pp.384-390

información como el auténtico poder de las sociedades avanzadas. Y los datos personales son información, cualquier información relativa a una persona identificada o identificable. En ese sentido la información no solo mueve intereses económicos importantes, sino que también constituye un elemento imprescindible para el desarrollo de múltiples tareas públicas y privadas. Hoy en día es incomprensible una sociedad democrática en la que el Estado no necesite información acerca de sus ciudadanos para poder ejercer mejor sus funciones en la que, de la misma forma, el Estado tenga que cumplir con su función de garante de los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Se produce así la búsqueda de un equilibrio entre ambas funciones, lo que en la práctica no siempre resulta sencillo.

El derecho a la protección de datos, como ya hemos señalado surge como una reacción a los cambios tecnológicos, como una reacción frente a nuevos peligros. Así pues, hay que tener en cuenta que la sociedad ha cambiado y que el Derecho debe dar una respuesta a los nuevos problemas que van surgiendo. Los cambios se producen a un ritmo tan vertiginoso que los factores tiempo y espacio que condicionaron el reconocimiento de determinados derecho de los individuos, como pudieron ser el derecho a la intimidad o las libertades de expresión e información, han dejado de tener su originaria concepción.

Aunque el peligro que puedan suponer las nuevas tecnologías parezca derivar de la acumulación de información sobre un individuo, el verdadero problema, el problema que afectara al libre ejercicio de otros derechos fundamentales, no será dicha acumulación sino la falta de control del ciudadano de esa información y del uso que se hace de ella. Si un ciudadano no sabe qué datos o informaciones sobre su persona se han recogido y almacenado en algún fichero, ni qué uso se les va a dar, no puede actuar con la misma libertad, tanto en su vida privada como en su vida en sociedad, como si supiera qué datos suyos se han recogido, pudiera disponer y controlar el uso que se hace de ellos.

Si, por un lado, el derecho a la protección de datos personales garantiza que los ciudadanos puedan participar en condiciones de libertad en la sociedad, y, de esta forma, la formación de una opinión pública libre; y, por otro lado, como ha concluido el Tribunal Constitucional español, con el reconocimiento de la libertad de expresión y de los restantes



derechos del artículo 20.1 de la Constitución española se garantiza también “ el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra y absolutamente falseado el principio de representación democrática que enuncia el artículo 1.2 de la Constitución, y que es base de toda nuestra ordenación jurídico- político”²⁴; entonces, el derecho a la protección de datos cobra un carácter instrumental de garantía, pues garantiza la libertad de actuación, ya que la posibilidad de actuar libremente “en privado” condiciona nuestra libre actuación “en público”. Se convierte así en un presupuesto de un Estado constitucional y Democrático de Derecho.

Por consiguiente, al ser el derecho a la protección de datos personales una garantía del ejercicio de las libertades de expresión e información, este nuevo derecho se convierte asimismo en garantía de la formación de una opinión pública libre. Tenemos que recordar aquí que el fundamento ultimo del derecho a la protección de datos personales, por lo que, además de lo anteriormente visto, si se priva a la persona de dicho derecho, se le está privando de su desarrollo, limitándose así la posibilidad de que el ciudadano pueda disfrutar del resto de derechos fundamentales, entre los que se encuentran las libertades de expresión e información, lesionándose en ultimo termino el principio democrático. Si los individuos son conscientes de aquellos datos relativos a su persona que son conocidos por el resto de ciudadanos o de poderes públicos, podrán participar con mayor libertad en la sociedad democrática y crearse así una opinión publica libre necesaria para el correcto funcionamiento de un Estado social y democrático de derecho.

Como se puede ver, la protección de los datos personales se convierte en una garantía de la libertad de actuación. Así la garantía del derecho a la protección de datos personales se convierte en una garantía de las libertades de expresión e información, elementos esenciales de un Estado Social y democrático de Derecho. De esta forma, se verá realizado el principio democrático, al garantizarse que todos los individuos que así lo deseen

²⁴ STC 6/1981, FJ3º

participen en el proceso de adopción de decisiones políticas sobre la base de los principios de libertad e igualdad.

Por todo ello, garantizando el derecho a la protección de datos personales de un determinado ciudadano no solo se protege a ese ciudadano concreto, sino que se beneficia indirectamente al conjunto de la sociedad.

II. Garantías específicas

Además de las garantías constitucionalmente establecidas para todos los derechos fundamentales, los derechos reconocidos en el art. 20 de la Constitución disfrutaban de dos garantías específicas: la prohibición de censura previa y el secuestro judicial de publicaciones.

A. La prohibición de censura previa

El art. 20.2 de la Constitución establece que “el ejercicio de estos derechos (los reconocidos en el art. 20) no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa”. Esta prohibición se recoge también en normas inferiores, como la Ley Orgánica 4/1981, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, que especifica que el ejercicio de las potestades que se reconocen a la autoridad gubernativa cuando el Congreso declara el estado de excepción y autoriza la suspensión colectiva de la libertad de expresión “no podrá llevar aparejado ningún tipo de censura previa” (art. 21.2).

De acuerdo con la rotunda formulación del art. 20.2 CE, el Tribunal Constitucional ha afirmado que “por censura previa puede entenderse cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerla depender del previo examen oficial de su contenido, y siendo ello así parece prudente estimar que la Constitución, precisamente por lo terminante de su expresión, dispone eliminar todos los tipos imaginables de censura previa, aún los más débiles y sutiles que tengan por efecto, no

ya el impedimento o prohibición, sino la simple restricción de los derechos del art. 20.1 ²⁵; especificando posteriormente que el citado “previo examen oficial del contenido de una obra del espíritu” implica la finalidad de enjuiciar la obra en cuestión con arreglo a unos valores abstractos y restrictivos de la libertad, de manera tal que se otorgue el “placet” a la publicación de la obra que se acomode a ellos a juicio del censor y se la niegue en caso contrario²⁶.

Así pues, en principio la prohibición parece absoluta, aunque para entender que estamos ante un caso de censura previa deberían darse las siguientes condiciones:

- ✚ Que la restricción tenga carácter previo, ya que no siempre es sencillo calificar como previa una restricción, sobre todo si se trata de soportes que reducen al mínimo el tiempo que transcurre entre la elaboración y la difusión del mensaje.
- ✚ Que la restricción se imponga mediante la exigencia de una autorización, que el mensaje se haga depender de un previo examen oficial. En este sentido, de acuerdo con la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta, en la que se considera responsables solidarios al director de un medio de comunicación y a la empresa editora, no se entiende como censura la autorización previa del director.
- ✚ Que la autorización dependa del examen oficial del contenido de la obra correspondiente, es decir, que la ratio decidendi de la misma se fundamente en un examen del contenido.

De acuerdo con la prohibición de censura previa establecida en la Constitución, el art. 538 del Código Penal tipifica el delito cometido por el funcionario público que estableciese la censura previa fuera de los casos permitidos por la Constitución o las leyes, recogiese

²⁵ STC 52/1983, FJ 5

²⁶ STC 13/1985, FJ 1



ediciones de libros y periódicos o suspendiese su publicación o la difusión de cualquier emisión radiotelevisiva.

B. La prohibición de secuestro administrativo

El art. 20.5 de la Constitución establece que “sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial”. El secuestro es una medida consistente en la retención por parte de los poderes públicos de cualquier obra impresa, sonora o audiovisual, producto del ejercicio de la libertad de expresión. El secuestro se refiere, por tanto, a una publicación u obra ya realizada (al menos en parte) y va dirigida contra “publicaciones, grabaciones y otros medios de información”, es decir, contra el soporte del mensaje (lo que incluye también soportes no institucionalizados, como pasquines o panfletos, y soportes ajenos a los medios de comunicación social, como partituras, cuadros, instalaciones artísticas..), pero no contra el instrumento que lo produce.

El secuestro, como medida preventiva, puede en principio ser adoptado por autoridades administrativas o judiciales. Pues bien, la garantía constitucional consiste precisamente en que el secuestro de publicaciones sólo se admite cuando es adoptado por una autoridad judicial, pues se considera que sólo este tipo de secuestro reúne las suficientes garantías. El secuestro judicial es una garantía de la libertad de expresión, en tanto que excluye el secuestro administrativo, pero, por otro lado, en la medida en que se impide, aunque sea temporalmente, la difusión de obras del espíritu, constituye también una restricción de dicha libertad; por tanto, la resolución judicial que decreta un secuestro de publicaciones deberá respetar todos los requisitos exigidos en nuestro ordenamiento para que la restricción no resulte injustificada. El secuestro de publicaciones es una medida que, procesalmente, se toma con carácter cautelar antes de resolver sobre el fondo de la cuestión objeto del proceso; así se establece en la LEC²⁷, en la LECrim²⁸ y en normas especiales, como, por ejemplo, la

²⁷ art. 727 LEC

²⁸ art. 816 LECrim



Ley Orgánica 1/1982, de protección civil del derecho al honor, intimidad y propia imagen²⁹. Finalmente debemos señalar que esta garantía puede suspenderse en situaciones excepcionales³⁰; concretamente, si se declara el estado de excepción o el de sitio, la autoridad gubernativa podrá ordenar el secuestro de publicaciones, cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del art. 20.5 CE³¹

III. La prensa

La irrupción de internet ha afectado a la forma de trabajar en los medios y a la propia información. Los hábitos de lectura, acceso y búsqueda de la información del ciudadano también se han visto alterados. Se han abierto las puertas de la información a todo el mundo. Hasta ahora, el profesional de la información era el periodista; en el nuevo medio, con unos pocos conocimientos de edición y acceso a la red cualquiera puede convertirse en informador.

Los propios periodistas se han visto afectados: dejando que la inmediatez prime sobre cualquier otro aspecto como la veracidad de las fuentes o la redacción periodística; que la primicia informativa sea el valor más importante frente al análisis y la investigación profunda; y, por último, recurriendo a la red para obtener en ella pistas, datos, rumores o confidencias, no siempre contrastadas y en ocasiones carentes de toda veracidad, pero que cada vez con mayor riesgo pueden acabar siendo publicadas en primera página y así elevadas a lo más alto de la información veraz y de prestigio. Internet ha revolucionado, por tanto, la profesión periodística.

Las noticias y en definitiva los periódicos digitales son uno de los recursos más solicitados y demandados por los internautas. Tanto es así que el incremento del número de usuarios de los diarios digitales en España aumenta a un ritmo superior al de nuevos internautas. Las audiencias de los diarios on-line superan en muchos casos las tiradas del papel. La revolución

²⁹ art. 9.2 de la Ley orgánica 1/1982, de protección civil del derecho al honor, intimidad y propia imagen

³⁰ art. 55.1 CE

³¹ arts. 21.1 , 32 y 33 Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio

de los periódicos digitales es un hecho contrastado. En nuestro país, según el Estudio General de Medios, más de 2,6 millones de internautas leen diariamente algún periódico digital.

Toda esta transformación ha modificado básicamente el aspecto fundamental desde el punto de vista de la información como desde el modo en que el periodista se enfrenta a ella, es el que podríamos llamar control de las fuentes.

Este control tiene en cuenta la rápida expansión de internet los periodistas han tenido que adaptar sus formas de trabajar a la nueva realidad digital. El correo electrónico ha modificado las relaciones entre informadores e informantes y ha abierto las puertas a nuevas fuentes. Se han trastocado los criterios habituales de valoración de la información y, por tanto, se ha forzado un cambio en el estilo de confeccionar y redactar las páginas, ya sea en las ediciones digitales de los diarios como en el soporte papel. La información internacional, los deportes, la economía o la información bursátil –la gran apuesta de los medios durante la época del boom– se ha deshinchado, toda vez que los usuarios pueden acceder en tiempo real a los datos de las cotizaciones e incluso cerrar operaciones de compra-venta y ver, sin tener que esperar a que el periódico del día siguiente publique lo ocurrido con sus acciones el día anterior.

Pero no es sólo la batalla de la inmediatez la que están disputando internet y la prensa. Mientras los grandes grupos editoriales buscan cómo trasladar a la red sus contenidos, un número incontenible de nuevos agentes de la información se lanzan a la captura del mercado digital. El flujo de información se efectúa en forma de red, se emite y recibe información 24 horas al día los siete días de la semana.

Los periodistas han hecho de internet una valiosa herramienta de trabajo para conseguir información en forma rápida y relativamente sencilla, sobre todo, a medida que los flujos de información en la mesa de redacción se vuelven más rápidos, con el fin de ofrecer una competencia eficiente frente a los medios electrónicos de información (radio, TV , internet)



Internet no es una herramienta más, sobre todo entre los periodistas más jóvenes, la red se ha convertido en insustituible. No existe un ejemplo tan evidente en el que en un plazo de tiempo tan corto internet haya adquirido tal significación y alcance para los profesionales que la componen. Las clásicas herramientas de la profesión están siendo sustituidas a gran velocidad en las redacciones por el teclado del ordenador, la página de “Favoritos” y un buen manejo de los buscadores. Si bien, la radio y la televisión también forzaron un cambio en la forma de hacer periodismo escrito. Internet ha reabierto el debate y acelerado la necesidad de respuestas de los medios tradicionales ante un fenómeno que se ha extendido por todo el mundo a velocidad de vértigo

IV. El Weblog

Los weblog se han convertido en uno de los fenómenos más sorprendentes y significativos vinculados a internet de los últimos años.

El mayor atractivo de los weblog es la posibilidad de publicar y participar de forma sencilla a un coste significativamente asequible. Periodistas, aficionados, profesionales de distintas materias y campos utilizan sus diarios personales on-line para publicar cualquier tipo de información. Los contenidos son tantos y tan variados como sus autores. Más o menos profesionalizados, de mayor o menor calidad existe uno para cada lector. El dilema al que los periodistas se enfrentan es si el fenómeno se puede considerar o no auténtico periodismo.

Existen weblog muy personales o los hay especializados por materias. Así pueden encontrarse weblog acerca de temas relacionados con tecnología, ciencias sociales, etc. Pero los más interesantes, además de haber tenido un mayor grado de aceptación y repercusión desde el punto de vista informativo, son los weblog creados en circunstancias singulares o extremas y que por una u otra causa, se convierten en la fuente de información más próxima a los hechos, más incluso que los medios tradicionales

Otra de las peculiaridades de los weblog es su capacidad de enlazar y conectar con otros weblog y otras páginas, lo que les convierte en una fuente interminable de información interrelacionada.

Los modelos emergentes se convierten en una potente herramienta para los internautas, pero en muchos casos dificultan los posibles modelos de negocio de los medios de pago. Las soluciones legales por el momento son insuficientes; los medios tradicionales, debido a la versatilidad y rapidez de creación y propagación de las nuevas páginas, no pueden en la actualidad competir con los nuevos modelos emergentes.



10. La suspensión

La libertad de expresión es uno de los derechos fundamentales que, conforme al art. 55.1 CE, es posible suspender colectivamente si se declaran los Estados excepcionales regulados en el art. 116 de la Constitución y desarrollados por la Ley Orgánica 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio. Este es el único supuesto en el que cabe la suspensión del derecho a la libertad de expresión, pues ésta no puede ser objeto de suspensión individual, tal y como se deduce del art. 55.2 CE, y como confirmó el Tribunal Constitucional³².

De acuerdo con la Constitución y con la Ley Orgánica 4/1981, cuando el libre ejercicio de los derechos, el normal funcionamiento de las instituciones o cualquier otro aspecto del orden público resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias no fuera suficiente para mantenerlo, el Gobierno puede declarar el estado de excepción, previa autorización del Congreso de los Diputados, autorización que deberá determinar expresamente los efectos del mismo con mención expresa de los derechos que quedan suspendidos. En relación con las libertades de la comunicación, el art. 21 de la Ley Orgánica 4/1981 establece que la autoridad gubernativa podrá suspender todo tipo de publicaciones, emisiones de radio y televisión, proyecciones cinematográficas y representaciones teatrales, y podrá ordenar el secuestro de publicaciones, aunque el ejercicio de estas facultades no podrá llevar aparejado ningún tipo de censura previa. Estas mismas medidas se podrán adoptar cuando se declare el estado de sitio³³, declaración que corresponde por mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta del Gobierno, cuando se produzca o amenace con producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios.

³² STC 199/1987, FJ 12

³³ art. 32 de la Ley Orgánica 4/1981

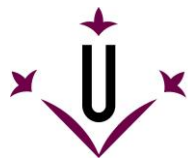
11. Libertad de expresión en el terrorismo

En el artículo 578 del Código Penal, introducido mediante la LO 7/2000, de 22 de diciembre, dispone que: “el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años”.

Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos las expresiones de incitación o justificación pública del terrorismo o del uso de la violencia, como norma general, no pueden ser protegidas por el artículo 10 del Convenio, dado que estas expresiones no cumplen las funciones de la libertad de expresión en el modelo de la democracia protegido en el mismo. En cualquier caso, el citado tribunal siempre realizará una ponderación en la que tratará de determinar, vistas las circunstancias del caso concreto, la necesidad de la restricción de la libertad de expresión. En la citada ponderación cobra especial protagonismo la efectiva existencia de la violencia terrorista en el lugar donde se emite este tipo de expresiones y/o la posibilidad de que las expresiones generen disturbios o incrementen la tensión, de tal forma que de darse efectivamente, la restricción normalmente se estimará conforme al Convenio.

Se examina el artículo 578 desde la perspectiva de la teoría general de la limitación de los derechos fundamentales, cualquier limitación de un derecho fundamental reconocido en la Constitución se deberá justificar en la protección de otros derechos o bienes constitucionalmente reconocidos mediante una ley proporcional que, a su vez, deberá respetar el núcleo esencial del derecho sometido a limitación.

Respecto a la necesidad de justificación, el legislador posee un importante grado de libertad a la hora de determinar los derechos y bienes susceptibles de limitar los derechos fundamentales con el objeto de armonizarlos y por tanto, hacerlos reales y efectivos. El legislador se encuentra en la mejor posición para apreciar la necesidad de recoger



determinados derechos con el objeto de proteger otros derechos y bienes desde sus coordenadas ideológicas y valorando las necesidades de la sociedad en cada momento, cuestión que se deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. Pues bien, el legislador orgánico ha determinado de manera implícita que el fundamento de la citada restricción reside en la salvaguardia de la paz social, la lucha contra el terrorismo, y en definitiva, de la protección del funcionamiento del sistema democrático.

Se examinará la compatibilidad del artículo 578 del Código Penal con el principio de proporcionalidad que, a su vez, se compone de tres subprincipios, que son:

- a) La adecuación, entendida como la idoneidad de la medida que “a priori” esta limitación puede contribuir a evitar la emisión de mensajes que justifiquen el uso de la violencia para conseguir objetivos de carácter político. Del mismo modo, la vía penal es necesaria para conseguir un mayor grado de ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en la constitución.
- b) La necesidad de la medida de control, tiene como objetivo sancionar una serie de conductas que eran muy difíciles de perseguir como apología del terrorismo ya que en el artículo 18 del Código Penal sólo considera la apología del delito como forma de provocación y por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa al delito. Asimismo se considera que no es evidente que exista otro tipo de medida alternativa menos gravosa para dar alcance a la finalidad perseguida, dado que es muy difícil imaginar que este tipo de mensajes que conviven con el terrorismo se puedan evitar.
- c) Proporcionalidad en sentido estricto, se considera que la cuantía de la pena que establece el artículo 578 no es excesiva en comparación con la entidad del delito. Si se pondera las ventajas e inconvenientes del sacrificio impuesto por la intervención



estatal, las expresiones que se describen en el tipo en nada tienden a la formación de la opinión pública, sino más bien todo lo contrario, pues, precisamente procuran lanzar públicamente mensajes que pretenden promocionar los métodos terroristas de una banda armada y a la organización en sí mismo. Por el contrario, las ventajas que se derivan de esta medida son muchas para varios bienes constitucionales.



12. Conclusiones

El objetivo fundamental de este trabajo era ver como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido delimitando el derecho a la libre expresión y poder ver qué medidas de protección ha ido adoptando.

No es hasta nuestra constitución de 1978 que se empieza a delimitar de una forma más clara y concisa lo que se entiende por cada derecho fundamental, y su protección jurídica; ya que tiempo atrás a mi parecer los derechos fundamentales han sido objeto de numerosos cambios, por darles una elasticidad o una censura dependiendo de a época histórica que se estaba viviendo en el país o dependiendo del partido político que podía estar gobernando en ese momento.

Otra de las conclusiones parciales que se puede extraer es la delimitación que se le da a la publicidad considerad desleal o ilícita, la cual se encuentra en una regulación de la cual hace mención el que se entiende por esa deslealtad y que son protegidos siempre que estos infrinjan la salvaguardia publica y seguridad de las personas, lo que es una seguridad que se da a los ciudadanos, aunque a mi parecer creo que faltaría más pronunciación por parte de la jurisprudencia. Así como ver en qué criterios se basaría para efectivamente determinar si se infringe esa salvaguardia pública y seguridad de las personas, hasta donde llega este control.

Parece casi imprescindible hablar de esos límites al derecho a la libre expresión como lo son el honor, la propia imagen y vida privada para entender este derecho. A mi parecer seguramente los más vulnerados o sobre que se ha pronunciado más el tribunal, que es por eso que se ha visto obligado a delimitarlos de una forma muy concreta, ya que puede abarcar muchos temas. Aunque cabe decir, regulados en la misma ley con sus concepto y su protección mediante la ley que los regula de forma conjunta y será la jurisprudencia la que diga que solución se da para cada caso dependiendo de que objeto delimitado en la ley se ha vulnerado.



El hecho de hablar en mi trabajo de investigación sobre internet lo encontré como una obligación, ya sea por sus rápidos avances o por el preguntarse qué regulación nos podríamos encontrar. Lo que desde mi punto de vista es una reforma constante del legislador, por un lado, los nuevos avances que van saliendo, y por otro, por no intentar limitar ese derecho de los ciudadanos a expresarse. Pero creo que igualmente es una herramienta por un lado útil, como hemos podido ver para la prensa electrónica y por otro más peligroso, ya que abre muchas puertas a estafas y a usar sin ningún control la información que uno mismo puede manejar así, como la información que puedes dar.

A pesar de todo lo anterior la conclusión que personalmente he podido extraer es que los contornos de los límites de las libertades de expresión continúan siendo una cuestión sumamente debatida pues se trata de un tema en el que no cabe soluciones absolutas o definitivas. Prueba de ello es que la mayoría de los tribunales nacionales e internacionales, en sus numerosos pronunciamientos, acuden al método de ponderación casuística para la resolución de los conflictos entre las libertades de expresión y otros derechos o bienes constitucionales. Aunque como hemos podido ver, es el TEDH el que ha propuesto el llamado “test de Estrasburgo” que sería como unas pautas para esa restricción al derecho, lo que me parecería interesante que se pudiera aplicar en nuestros tribunales.



13. Bibliografia

I. Libros

CARMONA SALGADO, C. (1991). Libertad de expresión e información y sus límites. Madrid: Edersa.

ROMERO COLOMA, A.M (2010). Las libertades de expresión e información y sus límites. Madrid: Ediciones Irreverentes.

BARROSO ASENJO, P (1998). La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales. Madrid: Fragua

CREMADES, J. (1995) Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento español. Madrid: La Ley- Actualidad

CATALÀ I BAS, A.H (2001). Libertad de expresión e información: la jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional: hacia un derecho europeo de los derechos humanos. Valencia: Editorial Revista General del Derecho

CALLEJA GOMEZ, F. (2014) El derecho a la libre expresión e información en internet. Barcelona: La Patumaine

LOPEZ REDONDO, C. (2012) La libertad de expresión en situaciones de conflictos. Valencia: Tirant lo Blanch

CASA UNIVERSAL DE JUSTICIA (1994). La libertad de expresión. Terrasa: Editorial de España.

PÉREZ ARIZA, C. (2003) Libertad de expresión en España. Nuevas tecnologías y sociedad de la información. Madrid: Datautor.

ALVAREZ CONDE, E. (2009) Curso de derecho constitucional. Madrid: Tecnos

RODRIGUEZ MONTAÑES, T. (2012) Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch

DE CARRERAS SERRA, L. (1996). Régimen jurídico de la Información. Barcelona: Ariel

MOLINERO, C. (1981). Libertad de expresión privada. Barcelona: A.T.E

JAÉN VALLEJO, M. (1992). Libertad de expresión y delitos contra el honor. Madrid: Colex

SORIA, C. (1981). Derecho a la información y derecho a la honra. Barcelona: A.T.E

II. Sentencias

STC 12/1982, de 31 de marzo de 1982

STEDH de 27 de febrero de 2001, “Caso Jerusalem”

STEDH de 19 de febrero de 1998, “Caso Bowman”

STS 4424/2014 de 4 de noviembre de 2014

STC 2/ 1982, de 29 de enero de 1982

III. Leyes

Ley 17/2006 de 5 de junio de la radio y la televisión de titularidad estatal



Ley 9/2014 de 9 de mayo General de Telecomunicaciones

Ley 2/2011 de 28 de enero por la se modifica la Ley orgánica 5/1985 de 19 de junio del
Reglamento Electoral General

Ley de Defensa de la República de 1931

Ley Orgánica de 5 de junio sobre la reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el
Procedimiento de los Juzgados de Menores

Constitución de Cádiz de 1812

Constitución de 1837

Constitución de 1845

Constitución de 1869

Constitución de 1876

Constitución de 1931

Constitución de 1978